PEL

SIGNOR D. ANDREA SABINO

Padre e legittimo amministratore
del suo figlio D. Antonio.

Nella Suprema Corte di Giustizia.

Indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum.

L. 15, C. de Testam.

INDICE.

Idea della causa.

Un uomo intraprendente adescato da' lucri futuri di una pingue eredità attacca con quanto egli può di vigore gli ultimi voleri del fu Gaetano Lavagna consegnati in due testamenti fatti, il primo in forma mistica il dì 13 Giugno 1814, ed il secondo per atto pubblico il dì 29 Agosto 1816.

Egli non è restato dubbioso in sul partito da prendere, onde venire a capo de' suoi disegni, il dir di nullità il mistico testamento del 1814, e per conseguenza l' istituzione dell' erede in persona del giovinetto Antonio Sabino, confermata con l' altro del 1816 è stato l' unico presidio occorsogli per contendere a costui i vantaggi di una successione a lui per ogni legge dovuta.

Noi tracceremo lievemente i dati di fatto, e (messa ogni strania quistione da banda) rapidamente stringeremo da vicino i nostri avversarj sulle proposte controversie di diritto, e che di presente intertengono l' attenzione della Suprema Corte.

2

§. I. Irrecettibilità del ricorso presentato da Antonio Lavagna nella Suprema Corte di Giustizia.

Si presenta con le divise di quistione pregiudiziale l'esame della irrecittibilità del ricorso da Lavagna interposto avverso la Decisione della G. C. civile de' 12 Luglio 1819.

Lavagna nel 19 Agosto 1819 si provvide di ricorso per la Suprema Corte chiedendo l'annullamento della Decisione su riferita; questo venne notificato al Sig. Sabino.

Nel giorno 7 Settembre vien presentato tanto il ricorso mentovato, che il deposito de' duc. 40 nella Cancelleria della Suprema Corte.

Da questi fatti incontrastabili si rileva, che la controparte è incorsa in una nullità di rito; poichè comunque il ricorso voglia dirsi notificato sotto l'impero delle Leggi abolite, pure la Legge di Procedura posteriore s'impossessa de' giudizj nello stato in cui li trova; quindi non era sufficiente la sola presentazione del deposito; ma dovea essere questo intimato, sotto pena d'irrecettibilità ai termini degli art. 582 e 585 delle LL. di Proc. Civ.

La stessa Suprema Corte decise nella causa tra Patrizj e Turris, che per tutti que' ricorsi portati

prima della pubblicazione delle patrie Leggi, avrebbero dovuto le parti regolarizzare la procedura dopo l' epoca del 1. Settembre 1819.

Ora il deposito è stato presentato a' 7 Settembre del detto anno sei giorni dopo la emanazione della recente procedura, era dunque necessaria conseguenza l' intima del deposito, ed in caso contrario s' intende, che la controparte sia inciampata nel laccio dell' art. 582.

Ma, di vantaggio, non vale il raziocinio che sta in bocca agli avversarj, cioè che essendosi intimato il ricorso in Agosto 1819 debbasi considerare come atto iniziativo e completo, che di altre solennità rituali non abbisognava. La cosa camminerebbe in piano stile se Lavagna non fosse messo in mora da Sabino; al quale interesse far dichiarare irrecettibile il ricorso, come interessa al primo farlo ricevere; se dunque sta per lui il raziocinio fondato sulla legge abolita, sta per questo quello basato sulla legge vigente.

Interessi discordi, fra' quali il sublime accorgimento della Suprema Corte debbe entrare per terzo, onde assegnar il giusto a chi si conviene, e rendere vittorioso uno de' contendenti.

Si aggiunga inoltre, che gli atti di rito talune volte corrono al lor fine senza incontrare ostacolo, perchè sotto le divise di procedimenti regolari, o almeno di dubbia regolarità; ma quando la contro-parte ha tutto l' impegno, e quindi ripone tutto l' utile suo, in veder l' atto fornito di tutto punto, talchè non possa soffrire molestia per lo suo mezzo, comunque irregolare; allora svanisce ogni riguardo, ed il Magistrato è chiamato di versarsi sopra i fatti ineluttabili e sopra le precise, e strette disposizioni di Legge; come appunto è nella specie del nostro fatto.

Noi quindi abbandonando questa tesi alla integrità, e saggezza della Suprema Corte, e chiara di per se stessa, passeremo di un tratto al merito della causa, che ha per se tutti i requisiti della giustizia.

§. II. Antonio Lavagna sta legalmente in giudizio.

Antonio Lavagna pretende con accanimento la eredità di Gaetano Lavagna, sol perchè di costui ne porta il cognome.

Egli non mai si è brigato di far palese il carattere col quale si presenta in giudizio. Egli non ha dimostrato il grado di prossimità, e successibilità col defunto Gaetano. Infine non ha curato di uniformarsi al precetto delle Leggi vigenti.

Un' atto di notorietà ritualmente fatto, ed a lui notificato ha messo al chiaro che al trapassato Gaetano, per cognomi, e per affinità gli appartenevan buona mano di persone, tra le quali Antonio attualmente in causa, ed una di lui germana, a nome Candida, la quale niuna parte ha sostenuto nè sostiene nella odierna contestazione.

D' altronde egli non ha per se la dichiarazion di successione presso il Giudice del Circondario, non la notorietà di essere il solo immediato successibile, non l' adizione dell' eredità.

Ma di vantaggio si aggiunga, che il Lavagna *non può sperimentare niuna azione, o diritto ereditario* per virtù dell' art. 33 della Legge sul registro del 25 Dicembre 1816; poichè secondo

questa non avrebbe potuto, nè potrebbe stare in avvenire in giudizio, senza aver pagato i diritti della dichiarazione della successione, pensiero che neppur per la mente gli è girato.

Pare quindi, che il Lavagna stia senza di que' requisiti addimandati dalla Legge per poter richiedere instantemente una eredità che per ogni riguardo a lui non si tocca. Che che di ciò sia, noi c' intrometteremo nel merito della causa, lasciando questa materia abbastanza rischiarita, e che mena alla conseguenza, che Lavagna non ha carattere di stare in giudizio, certi che la Suprema Corte vi fisserà la sua mente.

§. III. Testamenti di Gaetano Lavagna, e loro pretesa nullità.

Gaetano Lavagna nel suo mistico testamento del 1814 così si esprime. -- *Istituisco erede universale e particolare dell' intera mia eredità il Signore Antonio Sabino figlio minore del Signor Andrea, e della Signora Maddalena Gambardella di questa suddetta città in tutti, e qual si sieno i miei beni.*

Questo atto fu chiuso nel modo seguente. -- *Fatto il dì, ed anno sopra descritto in detta Città di Napoli, nella quarta Camera del detto appartamento, in dove esso Testatore abita sita in detto Molopiccolo n.° 15, alla presenza di essi testimonj ec., li quali hanno firmato col Testatore, e noi Notaro.*

Nel giorno 29 Agosto 1816 lo stesso testatore Lavagna volendo modificare le già fatte disposizioni, dettò al Notar Francesco Saggese un testamento, atto rogato e ricevuto da costui nelle pubbliche forme; nel quale disse il Lavagna -- *Confermandosi il testamento mistico, chiuso, e suggellato, da me sottoscritto, e che diedi a conservare a Notar Giuseppe Fortunato della Torre del Greco. -- Confermo* (son parole del testatore) *l' istituzione d' erede, ed ogni altro da me scritto, e disposto in detto mio ultimo testamento.*

Passato a miglior vita Gaetano Lavagna, si praticarono da Andrea Sabino in nome del suo figliuolo tutti i solenni voluti dalla Legge, cioè di dissuggellazione, di dichiarazione nella Cancelleria del Tribunal civile, e di confezione dello inventario.

Non tanto si fu impossessato de' beni rimasi al suo figlio Antonio, che gli si mosse aspra lite da Antonio Lavagna, il qual disse di nullità il testamento del 1814, perchè non vi si rinviene menzionata l' ora precisa.

Questa dolce illusione isperanzì il Lavagna di veder cadere nel nulla anche l' altro del 1816 perchè privo d' istituzione di erede.

Noi chiariremo la materia già quasi adombrata dagl' equivoci agli insidiosi ragionamenti della controparte.

§. IV. Distinzione tra atto ricevuto, ed atto consegnato, o presentato al Notaro.

Si mena gran rumore sulla Legge de' 3 Gennaro 1809 risguardante il Notariato.

Negli art. 34, 35, 36, 37 si parla degli atti *che può il Notajo ricevere*, *che sono ricevuti*, *e che riceve*, e questi fuor di quistione sono gli atti pubblici, tra' quali va compreso il testamento per atto *pubblico*.

In fatti coll' art. 38 si prescrive *che gl' istrumenti, i testamenti, e gli altri atti* RICEVUTI *debbonsi stendere dal Notajo in lingua italiana,*

e questa disposizione che perchè effetto di quella stessa mente legislatrice, che a noi ne diede il Codice civile non potea essere dissona dall'art. 971. — Questo è così espresso. — *Il testamento per atto pubblico è quello che* SI RICEVE *da due Notari in presenza di due testimonj, o da un Notajo in presenza di quattro testimonj.*

E nell'art. 972 così vien detto - *Se il testamento si* RICEVE *da due* notai *verrà loro dettato dal testatore, e scritto da uno di questi.*

Per lo contrario nell'art. 43 della stessa Legge sul notariato, in quell'articolo appunto, in cui si vuol rinvenire ad ogni costo la nullità si trova fatta menzione dell' *atto*, o *rogito da attergarsi al testamento mistico*, *allorchè* ne siegue la CONSEGNA al notajo; questo articolo dunque allorchè versa sopra i testamenti mistici si discosta lampantemente dal senso, che vorrebbero fargli tenere i nostri contraddittori, e lungi di fissar lo sguardo sopra la massima stabilita già pe' testamenti fatti per atto pubblico, che sono quelli *ricevuti* da' notaj deviene a parlar de' mistici, e tacendosi su di questa parola differenziale, gli assegna la caratteristica di atto autentico *consegnato* al notajo.

Lo stesso viene stabilito nell' art. 44, statuendo intorno al testamento mistico, *cioè* (son parole della Legge) testamento *mistico*, *che si* CONSEGNA *al notajo*, ed in questa guisa seguita a disporre la cennata Legge in varj luoghi sopra varii casi.

Conseguenza è dunque di purgato raziocinio il ravvisare la differenza fatta già dal legislatore tra *testamento pubblico*, al quale si rapporta l' espressione di *atto ricevuto*, e *testamento mistico*, che a ragione, e precisamente appellasi atto *presentato*, o *consegnato* al notajo.

Si aggiunga per ultimo, che nell' art. 976 del Cod. civ. in dove si parla del testamento mistico non va ripetuta la voce *ricevuto*; ma CONSEGNATO, O PRESENTATO al notajo.

§. V. La mancanza dell' ora non vizia il testamento mistico.

Il testamento mistico, che vale quanto quello in *scriptis* è innestato sul ceppo antico della romana legislazione.

L' art. 976 del Cod. civile non è che una fedele traduzione della celeberrima legge *Hac consultissima* degl' Imperatori Teodosio e Valentiniano, e che forma la 21 del titolo del Cod. de *testamentis*.

In questa, dopo le altre cose che si leggono si ravvisano le parole seguenti - *Quo facto, testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus, et consignantibus*; *testamentum valere* -; di ora non vi è menzione; neanche l' art. testè riferito richiede questa solennità.

Messe tali cose; osserviamo più da vicino le disposizioni legali sul notariato, che tengon luogo di patrie leggi su tal materia.

Nell' art. 39 si contengono le ritualità comuni ad ogni atto, e che sono i contrassegni degli atti autentici - *L' atto incomincia colle parole regno di Napoli, colla indicazione del giorno, mese, ed anno dell' Era comune adottata nel regno, e col nome del sovrano regnante: e termina con*

la indicazione della comune, provincia, della casa, e camera, dove è stato fatto, e pubbligato, e con la dichiarazione del nome, cognome, paternità; ed abitazione de' testimonj, alla cui presenza è stato celebrato.

Questo articolo, che stabilisce i solenni di ogni scrittura è chiamato dall' art. 43 anche all' applicazione su' testamenti mistici in tali espre sioni - Il disposto *dell' art.* 39 *è comune ai testamenti fatti per atto pubblico, come pure all' atto, o rogito da attergarsi al testamento mistico*, allorchè ne siegue la CONSEGNA al notajo.

Termina questo novero di solennità richieste da questo art. rimessivo al 39, nè in tutti vi ha menzione di ora.

Con un paragrafo tutto distinto si viene poi a prescrivere la tanto famosa nullità ne' seguenti termini - *Ne' testamenti RICEVUTI da' notaj si deve indicare l' ora precisa*, in cui sono stati fatti.

Chi adunque non comprende a colpo d' occhio, osservato il contesto di tutti questi articoli, che l' espressa menzion dell' ora è essenziale ne' *testamenti RICEVUTI* da' notaj, cioè per *atto pubblico?*

Chiaro si scorge che la legge nell' art. 39 allorchè statuisce sopra formalità ad ogni scrittura co-

muni, nulla dice intorno all' ora; Quando poi parla sì del testamento per atto pubblico, che di quello in forma mistica distingue l' uno dall' altro con lineamenti marcabili, cioè di atto *ricevuto*, ed atto *presentato*, o *consegnato*; distinzione mutuatale dal Cod. civile negli art. 971 972 e 976. Quando infine vuol fissare una massima particolare; la precisa con un paragrafo a parte dell' art. 43 per nulla relativo al generale delle disposizioni già promulgate; ma che tassativamente si riferisce a quelle specie di testamenti, che sono da' notaj *ricevuti*, cioè quelli per atto pubblico; quindi non è da estendersi a quelli a' notaj *consegnati*, cioè i mistici.

Noi sfidiamo i nostri contraddittori di additarci una legge romana, uno statuto patrio, una consuetudine, uno scrittore che richiegga la espression dell' ora ne' testamenti mistici.

Qualora siamo dunque nel silenzio della legge, e ridotti nelle trette delle sue definizioni, non lice immaginare ciò che non si legge, oppur ciò, di cui si vede il contrario, affin di fare sparire dall' esistenza delle cose una carta solenne, che in se contiene l' ultima volontà dell' nomo che muore.

Basta alla nostra causa anche il dubbio. Poichè nel dubbio è da seguirsi quella interpretazione,

per effetto della quale l' atto regga piuttosto, che perisca - *Ut magis actus valeat quam pereat.*

Ed a questo proposito non fia discaro rimembrarsi delle tanto rinomate leggi, che si trovano sparse nel titolo del Digesto *de regulis juris*; le quali risolvono sempre il dubbio nella parte la più favorevole, che offre la materia di cui si tratta.

Tra queste merita un posto distinto la 192, che in se contiene un responso di Marcello elegantemente conceputo così - *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est, quam tutius.* Ed in vero quando la bilancia è in sospeso è proprio della giustizia e del buon senso dare il suo suffragio per la cosa, che esibisce meno ostacoli, e forse più speditezza; qual' è appunto nella specie la opinione la più ragionevole, cioè quella che si palesa per la esistenza del mistico testamento, che ha per se tutti i requisiti della validità.

Il Pothier (1) annotando questa legge ne sviluppa filosoficamente il nobile e commendevole precetto che in essa contiensi, e così ragiona - *Hac regula utitur Marcellus, ut probet praesumi*

(1) *Notis ad dictan. L.* 192.

aportere testatorem, qui nomen heredis in testamento delevit, solam heredis institutionem irritam esse voluisse, non etiam legata.

Hac sententia TUTIOR *cum testamentum quod caetera tuatur ac conservet*, *et* JUSTIOR, *id est humanior et magis consentanea aequitati* : *quae* ULTIMAS VOLUNTATES *servari potius* EXPOSCIT *quam subverti.*

Questa regola generale di MARCELLO vien desunta da un suo responso contenuto nella L. 3. ff. *de his quae in testamento delentur.*

Si tratta in questa legge di un caso (a differenza del nostro che molto è più favorevole per fatto, è per diritto al nostro cliente) nel quale si agita la quistione seguente. Se formato un testamento, nel quale Tizio istituisca Sempronio suo erede, e faccia taluni legati; se poi, avendo cassato la istituzione dell' erede fatta in persona di Sempronio e quindi divenuta caduca l' eredità per antico diritto, se cadessero anche i legati ivi scritti.

LONGINO avvocato del fisco opinava *non posse ullum testamentum valere quod heredem non habet*, e quindi pretendeva la caducità de' legati, de' quali in quel testamento si faceva menzione, al pari che della eredità.

Ma una simile controversia che di facile soluzione si credeva fu sommessa alla disamina dell'Imperador MARCO ANTONINO, e sortì un esito tutto differente. Questi dopo aver mirata la cosa in tutti i suoi estremi, rescrisse ai consoli PUDENTE e POLLIONE *caussam praesentem admittere videri humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat exstimemus testatorem irrita esse voluisse quae induxit.*

Questa sentenza di MARCO il giureconsulto MARCELLO l'adorna con gli epiteti *Tutius et Justius consilium*, chiosati dettamente dal POTHIER (1) nella stessa guisa che fa il GOTOFREDO con quasi identiche frasi (2), cioè - *Tutius ut testamentum videlicet, quoad caetera in tuto sit, ut valeat potius quam ut ruat. Justius vero, id est aequitati convenientius.* ULPIANO (3) non difformemente risponde in un caso consimile. Egli dice - *In ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi, et coheredum institutionem non esse infirmandam.*

---

(1) *Loco citato.*

(2) *Coment. ad titul. de Reg. Juris L.* 192.

(3) *L*, 2, *D. de his quae in testam. delentur.*

Dal fine quì detto prendiam sicura speranza di non vedere esser tenuto per nullo un solenne testamento attaccato per difetto di forma, difetto che in niuna legge si rinviene prescritto, anzi evidentemente si scorge non ferire il mistico testamento di Lavagna, detto di niun vigore dalla controparte.

È ancora da riflettersi che la legge richiede alcune solennità pe' testamenti pubblici, che non conosce pe' mistici. Quindi niuna contraddizione, che per i *pubblici* si richiegga la menzione dell' ora, per i *mistici* non già.

Questa verità è evidentissima, poichè dalla storia del diritto si desume, che il testamento mistico o in *scriptis* è quasi una eccezione alla rubrica generale de' testamenti, riguardo alle solennità che vi occorrevano; e ciò in considerazione de' testatori, che non volevano appalesare la loro ultima volontà pria di morire.

E fatta la comparazione tra questo ed il testamento per atto pubblico; si rileva apertamente che questo debbasi dettare dal testatore al notajo, *coram testibus*, e che quello può essere scritto o dal testatore o da altri; atto che si presenta al notajo, ed ai testimonj, i quali non fanno fede di ciò che in quello contiensi, ma solamente che in quello sia

rinchiusa la volontà suprema di colui, che dice esser quello il suo testamento.

Ed al proposito non sia di minor momento l' osservare, ciò che dice il *Delvincourt*; il quale distingue per differenze di formalità il testamento mistico da quello per atto pubblico, e poi dice (1), che questo ha un doppio carattere; cioè di testamento, e di atto pubblico, che come ***testamento*** deve essere rivestito delle formalità proprie ad ogni altro, come ***atto pubblico*** va soggetto alle formalità notariali; perchè appunto ATTO NOTARIATO. Ora è chiaro che il testamento mistico è un atto perfetto senza l' opera del notaro; e che l' atto di soscrizione è ben estraneo dall' essenziale interno del testamento, come vuole TOULLIER (2).

---

(1) *Not. ad pag.* 80 *tom.* 2, *n.* 7. *Cours de Droit. civil.*

Il testamento per atto pubblico è d' altronde un atto NOTARIATO e per conseguenza come tale egli deve esser soggetto alle formalità generali richieste per queste sorti di atti, e che in seguito come testamento deve esser sommesso alle formalità particolari de' testamenti.

(2) *Droit. civil. tom.* 5. *Liv.* 3. *Tit.* 2. *Chap. V. num.* 480.

È dunque fuori dubbio, che il mistico testamento non è annullabile per difetto di menzione di ora, perchè non atto notoriato, e ben distinto dal testamento per atto pubblico.

È questo un' argomento che si sottomette all' alto criterio della suprema Corte per un dippiù, convalidante il già rapportato di anzi.

§. VI. Conseguenza del fin qui detto.

Bene e saggiamente si osserverà dunque per le sposte teorie meritare il testamento di Gaetano Lavagna tutto il rispetto della Legge e della controparte.

I nostri Avversarii però pretendono farne osservare l' assoluta nullità dal perchè trovandosi più testamenti mistici tutti fatti nello stesso giorno, e tutti mancanti dalla espression dell' ora, ne verrebbe un' imbarazzo di nuova specie in decidere quale di essi fosse il valevole in preferenza ed in concorso degli altri.

E Noi opponendo loro in su le prime l'ovvio dettato scolastico che *adducere inconveniens non est solvere argumentum*, con l' istesso brillante

argomento ritorceremo le armi contro di loro, e domanderemo come si farà se si rinvengono più contratti solennizzati nello stesso giorno, e tra le stesse persone, su lo stesso oggetto, e ripugnanti fra loro?

Come se si rinveranno più testamenti olografi fatti da una stessa persona?

Nè in questi, nè in quelli v' ha necessità d' indicazione di ora; dunque si rimarranno le cose in una contraddizione perenne, in una orribile confusione? Al certo che il Magistrato osserverà il fine de' contraenti, le disposizioni del testatore, le clausole derogatorie, le dimostrazioni apparenti, le palpabili discordanze delle cose stabilite, e deciderà con sagacità ed accorgimento della validità di un atto a predilezione di un altro. Anche sotto questo aspetto la mancanza dell' ora non mena a nullità.

Ma una semplicissima osservazione fa disparire la male ideata obbiezione.

Oggi si può morire con due, con tre, e con dieci testamenti, e tutti si sostengono in quelle parti, che non sono pugnanti tra loro. Ciò posto niuna necessità di conoscere l' ora per istabilire qual fosse l' ultimo testamento, che i precedenti rivocasse.

Secondo il diritto Romano pel quale un secondo testamento rivocava di diritto il primo, saria stata per avventura utile una tale solennità, e pure non vi è legge che la prescrivesse.

Ma per sovrabbondanza si ponga per poco che il testamento di Lavagna del 1814 sia caduto nel laccio dell' art. 43, noi dimostreremo, che la volontà testamentaria di lui sia tuttora ferma ed incrollabile.

L' art. 56 della Legge medesima sul Notariato è così conceputo. -- *L' atto che nel presente regolamento è dichiarato nullo ha nondimeno il valore di una scrittura privata, qualora vi sia la sottoscrizione delle parti contraenti.*

Questo articolo non è di proprio conio, e quindi tutto nostro esclusivamente; esso è tolto di peso dall' art. 68 della Legge de' 25 Ventoso anno XI sul Notariato, e che per conseguenza di sano criterio i redattori del Codice civile lo registrarono sotto l' art. 1318 così espresso. -- *L' atto non autentico per l' incompetenza, o l' incapacità dell' uffiziale, o per un difetto di forma vale come privata scrittura, quando sia stato sottoscritto dalle parti.*

Quindi anche che fosse nullo il mistico testamento, rimarrà indubitatamente questa carta svestita delle solennità testamentarie; ma ognora sufficiente in linea di scrittura privata a certificarci della volontà e del disposto di Gaetano Lavagna.

Nulla monta il dire, che là si parla di parti contraenti, e perciò non può intendersi di testamenti, poichè la sottoscrizione è parte integrante del testamento, e l' istesso interesse che vi ripongono i contraenti nel contratto, altrettanto è rimesso da banda dell' erede scritto nel testamento medesimo.

È questo un disperato mezzo di difesa al quale si appigliano gli avversarj per difetto di valide ragioni.

Ma a scanso di qualunque equivoco scorriamo l' art. 56; esso è in questi termini enunziato. — *L' atto che nel presente regolamento è dichiarato nullo ha nondimeno etc.*

La parola *atto* è generica; in se riunisce ogni specie di scrittura autentica, quindi lungi dal tirar co' denti una distinzione malaugurata fermiamoci sulla lettera e sullo spirito filosofico della Legge, ed abbiam per dimostrato che la volontà di Gaetano Lavagna ha caratteri espressivi, e quindi in-

dica senza potersi rivocare in dubbio la istituzione legale di erede in persona del giovinetto Antonio Sabino.

Ed in comprova di quanto si asserisce non dispiaccia recarsi alla mente un caso non raro ad occorrere in Giurisprudenza novella, e che è un valido appoggio per sostenere la validità del mistico testamento per difetto di forma; e se non per tale sotto altro aspetto non men legale però.

Il testamento mistico nullo come tale non lascia di essere una carta privata valevole ad indicare il nome dell' erede.

Vale pure come olografo, se scritto, datato e sottoscritto dal testatore.

Il Toullier nel suo Diritto Francese così ne scrive (1). — *Un testamento olografo intieramente scritto datato e sottoscritto di mano del testatore non diviene punto nullo, allorchè essendo rivestito delle formalità di testamento mistico, l' atto di soscrizione si trovi annullato per difetto di forma.*

---

(1) Tom. 5, lib. 3, cap. 5, n. 480.

Il testamento e l' atto di soscrizione sono due cose differenti. Egli è talmente ricevuto in Giurisprudenza che i vizj di formalità di un atto pubblico non annullano punto gli scritti privati che vi si trovano congiunti, *CHE UN' ATTO NOTORIATO ANNULLATO PER VIZIO DI FORMA CONSERVA LA FORZA DI SCRITTURA SOTTO FIRMA PRIVATA* ; *ed a più forte ragione la nullità dell' atto di soscrizione, che è un atto intieramente separato dal testamento, e che ancora è ordinariamente scritto sopra un' altra carta non può tirar con se la nullità del testamento olografo.*

Il DELVINCOURT (1) è della stessa opinione del TAULLIER, e di fatti il creder di questi due sommi Scrittori è avvalorato del buon senso, e della regola di diritto *Superflua non nocent.*

Adunque si comprende senza stento, ma in facile raziocinio, che v' ha spesso l' esempio, in cui riman fermo sulle sue basi il testamento mistico voluto nullo per vizio di forma. Non è dunque che (chiuso l' orecchio ad ogni ragione) debbe essere in tutto e per tutto messo nel niente alla pri-

(1) Not. ad pag. 82, tom. 2, n. 9.

ma minaccia di nullità; ma devesi per lo contrario, intromettere il Magistrato nelle vie recondite, che presenta il contesto dello scritto, e vedervi per entro la volontà del testatore e difenderla; e nel caso nostro a maggior ragione, che testualmente vien detto, che abbia forza di privata scrittura l' atto nullo per forma.

Scrittura, di cui se ne sostiene la esistenza per la pura ed espressa istituzione di erede fatta da Gaetano Lavagna in persona di Antonio Sabino.

Ciò premesso passiamo alla disamina del secondo testamento formato da Lavagna medesimo, nel quale conferma la istituzione dell' erede fatta nel 1814, dando così una sanatoria ad ogni pretesa nullità.

§. VII. È valida la istituzione dell' erede anche quando non se ne legga il nome nel testamento, purchè costi indubitatamente qual sia la persona, che siesi voluta istituire erede.

Gaetano Lavagna nel mistico testamento del 1814 (e se per tale non si riconosca per poco) nella carta di tal data certa, e da lui soscritta fece *suo erede Antonio Sabino.*

Con testamento per atto pubblico, non attaccato per forma dalla controparte sotto il di 29 Agosto 1816 per Notar Saggese disse: *Confermo l' istituzione dell' erede, ed ogni altro da me scritto e disposto in detto mio testamento.*

Da ciò si conosce bene che quantunque non nominato personalmente Antonio Sabino è infallibilmente l' erede designato e confermato da Lavagna.

Questi dati di fatti vengono garantiti dalle evidenti ed ineluttabili disposizioni di diritto.

Il giureconsulto Paolo (1) così risponde: *Si quem ita institutum ponamus (ille si eum in codicillis heredem scripsi heres esto) valet institutio.*

---

(1) *L.* 10, *D. de condit. instit.*

Papiniano (1) convalida col peso della sua autorità la teoria di Paolo: *Quem heredem codicillis fecero heres esto, Titium codicillis heredem instituit ejus quidem institutio valet.*

Ed ad esuberanza di ragioni si raccoglie dalle leggi 58, D. de hered instit. L. 36, D. h. t. L. 77, D. eod. e L. 38, D. de condit. et demonstrat. (delle quali se ne tralascia il testo per brevirà) che l'istituzion dell'erede poteva farsi anche senza nominarlo, purchè da segni indubitabili non potesse rendersi equivoca la sua persona, come pure potea farsi per relazione ad altra scrittura.

Gl' Imperadori Teodosio e Valentiniano (2) nella rapportata legge *Hac consultissima*, sciolsero i vincoli, che astringevano i testatori nella fazione testamentaria, e temperando la rigidezza del diritto Romano, vollero che in qualunque maniera, in qualunque orazione, in qualunque espressione si fosse fatta la istituzione dell' erede, fosse questa valida a partorire gli effetti legali, che dalla medesima ne profluiscono.

---

(1) *L. 77, D. de heredit. instituend.*
(2) *L. 21, C. de Testam.*

Il termometro della validità della istituzion dell' erede fu marcato dall' Imperador COSTANTINO (1) nella certezza morale della volontà del testatore sulla persona dell' istituito: *Si modo* (son sue parole) *per eam liquebit voluntatis intentio.*

Le leggi civili contenute nel Codice venuto a noi dalla Francia, ma formato sul gran modello di quelle, che reggevano gl' interessi dell' Impero Romano non potevano dichiararsi apertamente contrarie a questi precetti.

E per verità l' art. 976 è contesto in tal modo: *Qualunque persona può disporre tanto a titolo di istituzion di erede, quanto a titolo di legato, e con qualsivoglia altra disposizione atta a manifestare la sua volontà*

Con questo articolo la legislazione francese ha impartito ai testatori l' illimitata facoltà di disporre a lor buon grado nella maniera scelta per la più conducente a manifestare i loro voleri.

Non vi è più quistione se con testamento, o con altra carta possa taluno istituire un' erede su di tutti o di parte de' proprii beni.

---

(1) *L.* 51, *C. de Testam.*

Gaetano Lavagna quindi nelle esprimersi *Confermo la istituzione di erede fatta nel testamento mistico* ha precisamente istituito Antonio Sabino, che in questo trovavasi già personalmente chiamato e non mette incertezza il non averlo accennato per nome, perocchè al lume della giurisprudenza di ogni epoca, la istituzion dell' erede poteva e può farsi per designazione, e rimettendosi ad altra scrittura; qualora della persona non si potesse muover dubbio, come è di fatti in precisissimi caratteri nel nostro cliente, il quale nominatamente istituito nel 1814 fu confermato con incontrastabili espressioni e qualità nel testamento del 1816.

La scuola del foro, sì antico che moderno non si è appartata da questi principj, figli della pura filosofia, anzi ha con la sua autorità messo il suggello alla comune maniera di pensare.

Il Brunemanni (1) che tra gli interpreti del diritto anche siede de' primi, ne discorre così: *Si testator dicat instituo eum, cujus nomen scribam*

---

(1) *Ad Pand. ad L.* 77, *ff. de hered. instit.* Bynkersoek. *Tom. IV, Lib.* 3, *Cap. IV.*

in codicillis, valet institutio, si nomen heredis reperiatur scriptum in codicillis, nam institutio fieri potest PER RELATIONEM AD ALIENAM SCRIPTURAM, DE CUJUS FIDE CONSTAT.

Il Conte Merlin (1) si esprime in questi termini ragionando sulla medesima legge 77, D. de heredib. instit. e L. 10, D. h. t. *Se un testatore in un testamento scritto, e solenne* dice: *Io istituisco erede quello, che nominerò nel mio codicillo, ed in seguito fa un codicillo, col quale egli istituisce qualcheduno. Questa istituzione avrà un effetto diretto.*

Ciò non è in questa specie di codicillo, che fa valere l'istituzione, che egli contiene, questo al contrario dal testamento solo è che ella impronta la sua forza; il codicillo non fa che spiegare la volontà del testatore, ed egli ha costantemente questa efficacia come lo attestano più luoghi del Digesto e del Codice.

Il Voet (2) anche così ragiona, e forse più

---

(1) *Repertoir. de Jurisprud. tom. IV, sect.* 4, §. 4, *pag.* 335, *Institution.*

(2) *Ad Pandect. lib.* 28, *lit.* 5, *n.* 15.

benignamente sulla presente quistione : *Non etiam novum est, ut quis heredes in testamento scripto non aperte nominatus, sed per relationem ad aliam scripturam, veluti quos in codicillis nominaturus est, vel quos sua manu propria in testamento suo de caetero perfecto est expressurus.*

Quo casu, deinceps si nomen a testatore expressum non inveniatur, necesse est, ut non apparente uspiam successore testamentario, ad heredes ab intestato hereditas devolvatur.

Sed nec dubium, quin testator recte testamento heredes instituat per relationem ad certum statutum, veluti instituendo eos, quos jus Sabinicium definit ab intestato heredes.

Ne' casi da questo sagace scrittore immaginati, e risoluti per l'affermativa evvi maggior latitudine di favori che nel nostro; poichè là si rapporta l'istituzion di erede o alla consnetudine di una contrada, o ad un testamento non fatto, ma che il testatore promette di fare ; e qui sopra solidissimi elementi, qual'è appunto un mistico testamento, o se tale non vuol reputarsi, sopra una carta di data certa e sottoscritta dal fu Gaetano Lavagna testatore.

Arnoldo Vinnio (1) è anch'esso tra que' dottori, che con gargliardia difendono l'istituzion dell'erede fatta non nominativamente; ma che della persona istituita non si sia incerto.

Ecco le sue parole: *Verum enim vero ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est, incertum ejus consilium, incertave instituti persona dici nequit.*

Questo rispondeva il batavo Giureconsulto a colore che l'obbiettavano; dover concorrere l'indubitata volontà del testatore, e l'indubitabile persona, oggetto della sua volontà, per esser valida l'istituzion dell'erede.

Nel nostro caso è certa la intenzion di Gaetano Lavagna è certissima la persona dello istituito, cioè Antonio Sabino.

Ma di vantaggio si portino più oltre le nostre mire e troverassi che anche designato l'erede o il legatario, o mostrato semplicemente con segni, che necessariamente traggono l'individuazione della persona, comunque questa non chiamata a nome, pure esser valida l'istituzione, o il legàto.

---

(1) *Ad Institution. Tit. de heredib. instituend. in fine.*

La legge Romana così si manifesta limpidamente (1). *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat valet institutio*, ed un' altro responso (2), non men chiaro del primo giustifica questa teorica in tali termini. - *Nihil referre proprio nomine res appelletur, ac digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demostretur, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestant.*

Ed il citato MERLIN (3), *non è necessario di nominare espressamente la persona dell' erede, basta indica.la con qualche segno non equivoco.*

Egli aggiunge, che — *L' ordinanza del* 1735 *non ha punto derogato a questa giurisprudenza; ella al contrario l' ha confermato in una maniera la più formale*; *parlando l' art.* 50, *di quelli, i quali hanno diritto di legittima, e che per questa ragione debbono essere istituiti NOMENEMENT.*

---

(1) *L.* 9, §. 9. *D. De hered. instit.*
(2) *L.* 9, *D. De rebus heredit.*
(3) *Loco citato.*

Ella dice — L' ISTITUZIONE SARA' FATTA PEL LORO NOME, O DESIGNANDOLI IN TAL MODO, CHE CIASCUN DI ESSI VI SIA COMPRESO.

E l' argomento del MERLIN è gravissimo; poichè si fonda sull' ordinanza del 1735, che venne traslatata nella nascente legislazione da' redattori del Codice.

In terzo luogo finalmente, nella più ampia tesi; cioè anche che sia corso errore nel nome dello istituito, ciò non si osserva ostante volere di pieno diritto la istituzione dell' erede.

L' Imperador GORDIANO (1), *rescrive*. — *Si in nomine, vel praenomine, sue cognomine, seu agnomine testator erraverit, nec tamen de quo senserit, incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati.*

E non diversamente ULPIANO (2), parlando del legato così insegna. — *Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianem pro Semproniano nominavit, debetur Sempronianus . . . . Rerum enim vocabula immutablia sunt*: *HONINUM MUTABILIA*.

---

(1) *L.* 4, *C. de Testamentis.*

(2) *L.* 4. *De De legatis primo.*

Uno de' più rinomati Scrittori del diritto, onore della nostra Italia, GIUSEPPE AVERANIO perfettamente unisono a questi dettami insegna (1). *Error in nomine proprio nec institutionem vitiet, nec legatum, neque judicium. Quia nomina propria mutabilia sunt et a nostro arbitrio pendent.*

Ed in ultimo non sia lasciata in dietro la rispettabile autorità di POTHIER (2). Egli così dice. *Non è necessario per la validità di un legato, che la persona alla quale è fatto sia nominata, purchè ella sia d' altronde designata, e che si possa conoscere.*

L' errore medesimo del nome, qualora non s' ignorasse, qual' è la persona a cui il Testatore ha voluto legare nom impedisce punto che il legato sia valevole.

Cresce la indubitalità di questa teorica qualor si rifletta, che lo istituire a titolo di erede, o a titolo di legato per nuova giurisprudenza può farsi nella identica maniera; e perciò quel che POTHIER

---

(1) *Interpret. Juris tom.* 1, *cap.* 5, *n.* 2, *e* 3.

(2) Tom. 5, cap. 2, sez. 2, art. 1, §. 1, pag. 51. Ediz. Parigi.

dice intorno al legato nella dottrina rapportata è lo stesso, che se lo avesse detto specificatamente in parlando della istituzion dell' erede; perocchè questi due modi differenti per lo innanzi sono ravvicinati in guisa da non lasciar vacillante l' animo del magistrato sull' applicazione della regola sopra espressata.

Dopo questo unisono consenso della giurisprudenza, antica ed attuale con la opinione de' giureconsulti commentatori ed interpreti del stessele; sembrebbe mettere in dubbio la certezza delle cose cadute satto l' alto squittinio della Suprema Corte, se ancora si fluttuasse sopra la veracità di queste teorie legali ricevute presso tutte le nazioni.

Gaetano Lavagna con istituire erede Antonio Sabino nel testamente mistico del 1814 gli ha improntato un carattere incancellabile, e certo; anche nella ipotesi in che si volesse aver per nullo l' espressato testamento; poichè spogliato della rubrica di atto autentico esisterà tuttavia nella classe di scrittura privata, soscritta, e di certa data, la quale sempre indicherà l' intenzione, e la volontà manifesta del testatore di voler per suo erede scritto il Sabiuo.

L' istesso Lavagna nel 1816, celebrò un pubblico testamento col quale *confermò l' istituzion dell' erede scritta nel mistico testamento del* 1814;

istituzione precisa, e nominativa in persona di Antonio Sabino.

Come dunque, e con quale animo potrà spargersi da' nostri contrarii, l'equivoco, ed il sospetto nell'animo de' magistrati sopra la personalità, e legittimità di Antonio Sabino, quale erede di Gaetano Lavagna?

Qualunque mai siano i fati avversi, che congiurassero contro di questo infelice giovinetto; non mai l'espressa volontà di Gaetano Lavagna enunziata in un testamento mistico, e confermata posteriormente con testamento pubblico e solenne; non mai l'espresso testo della legge, non mai l'elevato ingegno de' componenti la Suprema Corte, cose che mirabilmente si dan la mano in bell'accordo nella specie del fatto, faranno strappare dalle mani di Antonio Sabino un'appannaggio, agognato troppo da Antonio Lavagna, e che spera di abbrancare a colpi di sottigliezze sofistiche.

Noi farem sosta su questo punto e rapidamente tratteremo di due altri capi di annullamento, che ci si preparano.

§. VIII. La G. C. civile con la sua decisione non ha violato la L. 29, *ff. de liberatione legata.*

La G. C. civile sulle orme de' primi giudici considerò, che per nuova legislazione il rigore della fazion testamentoria erasi molto mitigato, avendo la legge lasciato a chiunque libero il campo di disporre in qualunque maniera, ed avendo ammesso anche il testamento olografo, come un testamento legalmente formato, a differenza dell' antica, che questo ammetteva *in liberos tantum* (1).

Considerò pure, che un' atto comunque nullo per difetto di forma non era men perfetto per indicare la volontà di colui che testava; volontà roborata da un altro atto posteriore, e quindi adottando l'art. 56 del regolamento sul notariato ebbe per privata scrittura il mistico testamento di Lavagna, e per conseguente perchè confermato dallo stesso nel 1816; e non essendovi più quistione della institutione dell' erede in persona di Antonio Sabino rigettò le domande di Antonio Lavagna.

---

(1) *L. 21. C. de Testamentis. Vid. Jason in Epitome.*

Noi avendo esauriti nel corso della difesa gli altri mezzi per annullamento, e giustificata la ben fondata decisione della G. C. civile c' intorterremo di presente sul 5.° e 1.° capo di cassazione.

Grida a tutta gola la controparte, che la G. C. ha violato la L. 29, ff. de deliberat. legata §. 2.

Questa legge è necessario, che si abbia sotto l' occhio, onde vederne l' applicazione che ne ha fatto la G. C.

Testamento facto, debitoribus liberationem reliquerat: post inciso lino, et recognito testamento, aliud testamentum fecit, in quo repetiit legatum his verbis.

Quibuscunque legata in eo testamento, quod incideram, dedi, omnia rata esse, et quaeque scripta sunt, volo. Quaesitum est adita ex sequente testamento hereditate, an debitores, quibus priores testamento liberatio relicta erat, consequi possunt, ut etiam ejus quantitatis nomine, quam post prius testamentum debere coeperant, liberarentur, et si ab his heredes petere caeperint, an doli mali exceptione submoveantur? Respondit non liberari.

Dal contesto di questo responso di Scevola risulta chiaro, che il debitore, al quale Tizio con un suo testamento gli ha lasciato il legato di liberazione, vale a dire lo ha assoluto dal suo debito; nel caso, che con un secondo testamento annulli il primo, ma ne confermi i legati ivi fatti; cosa si dirà intorno, alle altre quantità decorse dall' epoca del primo al secondo testamento? Potevano mai essere queste incluse nella franchigia dal testatore concessa al debitore assoluto? Quel valentuomo rispose di no; poichè, l' assoluzione essendo un' effetto della manifestazione della volontà del testatore, ed avendo questa renduto palese nel primo testamento, e non avendo fatto nel secondo, che confermarla; si debba una tal disposizione retrotrarre all' epoca del primo testamento, poichè di là ha origine, ed a quello si rapporta. Questo anche sostiene Voet (1).

---

(1) *Ad Pand. lib.* 36. *Tit.* 3, §. 3. *Observandum tamen, si debitorem tantum a debitis ante testamentum conditum contractis immunem effici; non item ab iis, quae postea coeperunt deberi; adeo ut, licet testator priores coscindens tabulas in secundo testamento confirmasset legatum liberationis, primo testamento datum, et*

Ora la G. C. ha citato questa legge non fondando sopra di lei il suo considerando, (quantunque bene avrebbe fatto) ma l' ha riferita per un argomento analogico, e di fatti essa si esprime così. *Considerando finalmente, che la specie che più si avvicina alla presente quistione sembra essere il responso di Scevola etc.*

La G. C. dunque avendo nel suo giudizio avuto per vera, ed indubitata, (come è nel fatto) la istituzione dell' erede in persona di Antonio Sabino nel testamento del 1814, confermata espressamente con altro testamento per atto pubblico posteriore; ed avendo pure considerato che la specie del fatto rinchiuso nella L. 29, fu citata presentava lo stesso aspetto, cioè di un testamento annullato, e del quale furono confermati i legati; ha avvicinato con accorgimento e perizia legale questi due fatti, ed ha corroborato con altro valido argomento il suo considerando.

---

post primas, sed ante secundas tabulas incepisset eundem debitorem tibi ex alia causa devinctum habere, ne hujus quidem debiti intuitu liberatio contingat.

Nella nostra specie di fatto, si agita di un testamento nullo per difetto di forma; là per volontà del testatore; ed ambedue validamente confermati da testamenti posteriori. Gli effetti erano gli stessi.

E per restar covinti di questa verità si avverta, che dall' intero contesto delle considerazioni la G. C. si era già versata su questo fatto, avendo per base leggi testualmente affacenti al caso.

Si aggiunga di più che violare una legge è applicarla contra il suo disposto; or se i casi erano analogici all' estremo; se la G. C. l' ha citato come un' argomento (quantunque poteva basarsi su della stessa, senza tema di errore); se il dispositivo della decisione ha statuito sopra fatti, che non riponevano la loro soluzione nella legge presa ad argomento, se in fine non è stata applicata testualmente; dove sono mai le nullità, dove le violazioni?

Dove sono mai i testamenti impliciti, dove la teorica di Bartolo, su della quale ha erroneamente giudicato la G. C.?

La G. C. civile ha fondata la sua decisione sopra fatti incontrastabili, e sopra leggi precise e testuali, basandola in modo da difendere la ragione del Sabino, preservandola dagli attacchi ostinati ed elusorj di Antonio Lavagna.

In fine si vanta un giudicato, che abbia annullato il testamento mistico del 1814.

Noi rispondiamo in primo, che anche annullando la G. C., ed il Tribunale civile il testamento mistico di Lavagna han giudicato in pro di Sabino; in secondo non è stato notificato; in terzo per esser giudicato debb' essere stato emesso *super eadem re, inter easdem personas* (1). Ed il nostro cliente e noi confessiamo spiattellatamente, che ora è la prima volta, che si sente profferire simile parola; mentre nulla ve n' è stato di qnesto in tutto il corso del giudizio, ed altra contestazione con Sabino per l'oggetto attuale con altra persona non ha avuto luogo.

§. IX. Conchiusione.

Sembra dimostrato a colori forti ed espressivi che il ricorso di Lavagna sia irrecettibile pregiudizialmente.

Che la persona di Antonio Lavagna non sia giustificata co' caratteri della legge onde stare in giudizio.

Di più pare anche non soggetta a quistione la validità del mistico testamento di Gaetano Lavagna, o almeno la chiara indubitata, e legalmente manifestata volontà sua di aver istituito suo erede An-

(1) *L. 2. C. de re judicata.*

tonio sabino ; volontà confermata validissimamente con un solenne testamento del 1816 anche rispettato dalla controparte.

In fine dal quadro generale della causa, de' fatti, e delle disposizione di leggi che han dato luogo al presente giudizio, e campo alla Decisione della G. C. civile del dì 12 Luglio 1819 chiaro ne risulta, che niente abbia a temere il Sabino nell' esito della presente disamina, e che la Decisione impugnata della G. C. sia da mantenersi ferma, e perciò non soggetta ad annullamento, presa la cosa sotto qualunque aspetto, nel quale si volesse presentare all' occhio della Suprema Corte di Giustizia.

Napoli 12 Agosto 1823.

Antonio Starace.
Ferdinando Starace.

NAPOLI 1823.

DALLA STAMPERIA DEL GIORNALE ENCICLOPEDICO
Strada S. Biagio de' Libraj. N. 39.